

ceda a hacer efectiva la multa con arreglo a las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles.

Eráusquin—Osma

Se publicó conforme a ley.

Julio Noriega.

Cuaderno No. 230—Año 1915.

No se puede cancelar la hipoteca única que pesa sobre el inmueble rematado, si el precio no se aplicó al pago del crédito que garantiza.

Recurso de nulidad interpuesto por la testamentaria de don Sebastián Salinas en la causa que sigue con don José Lucas Oyague, sobre tercería. —Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

En diciembre de 1874, don Enrique Salas vendió a don Félix Sáez dos suertes de tierras denominadas Hornillos y Huayllán; y a causa de no haber el segundo cubierto el total del precio, constituyó hipoteca en las mismas tierras, para garantizar el pago de la suma restante: de esa hipoteca se tomó razón en el registro respectivo. Así lo comprueba el testimonio corriente a fojas 1 de la ejecución anexa, seguida por don Sebastián Salinas contra don Lesmes Sáez.

Salinas fué heredero de Salas; y don Lesmes, de su padre don Félix.

A consecuencia del embargo en dicha ejecución trabado en los terrenos hipotecados, ha planteado el presente juicio de tercería excluyente don José Lucas Oyague, invocando el dominio adquirido en subasta judicial, a la vez que la cancelación de la hipoteca a favor de Salas.

En octubre de 1872, Oyague hizo a Sáez un préstamo de dinero, con hipoteca especial de la hacienda denominada San Félix. Lo acredita el testimonio a foja 1 de la ejecución también anexa, seguida contra su deudor.

En dicha ejecución, se trabó embargo, no sólo en San Félix, sino en Hornillos y Huayllán, y los tres fundos resultaron adjudicados a Oyague.

Este pidió entonces, citando el artículo 75 del Reglamento de Tribunales entonces vigente, que se cancelara la hipoteca a favor de Salas; y el juez defirió a fojas 92 vuelta en auto, que por el "Diario Judicial" se notificó a los herederos desconocidos del dicho acreedor hipotecario.

Tales son los antecedentes indispensables para la decisión que en segunda instancia favorece al tercerista.

En concepto del Fiscal, el error es notorio.

La acción de don Sebastián Salinas, sostenida hoy por sus herederos, es, en efecto, hipotecaria; o sea un derecho real que, como lo prescribe el artículo 2022 del Código Civil, subsiste en la cosa gravada, aún cuando pase a terceros poseedores.

Por tal motivo, al adquirir Hornillos y Huayllán, Oyague se ha sustituido en la personería que a causa de su título de dueño incumbía antes de la transferencia a Sáez.

Es, en consecuencia, en aquella ejecución contra dichos fundos, o sea hoy contra Oyague que los representa, que procede la controversia—en esta tercería impertinente—acerca de si el artículo 75 del Reglamento de Tribunales, concordante con el 718 del Código Procesal vigente, permite o no la cancelación de las hipotecas en favor de un tercero, cuyo crédito carece de tal garantía; es decir, si produce o no efecto jurídico la cancelación de las hipotecas en Hornillos y Huayllán con daño de Salas, sin embargo de sólo estar gravado, a favor de Oyague, el fundo San Félix.

Mientras tanto, si el nombrado Oyague se ha sustituido, como está dicho, en la representación que corresponde al dominio del inmueble que grava la hipoteca, es obvio que su tercería no procede: no compete tal acción, en efecto, al propio ejecutado.

No obstante lo expuesto, ya que la cancelación de la hipoteca a favor de Salas se ha controvertido en este juicio ordinario y sido materia del fallo, el Fiscal cumple con agregar que, en su concepto, es ineficaz, para la testamentaria Salinas, el auto del 19 de diciembre de 1899, corriente a fojas 92 vuelta de la ejecución de Oyague contra Sáez.

Este auto que ordena la dicha cancelación, fué notificado a los herederos de Salas en el "Diario Judicial", a mérito del expedido a fojas 95, con fecha 30 de enero de 1900.

El artículo 75 del entonces vigente Reglamento de Tribunales, sólo se refiere a las hipotecas que de hecho hubiesen quedado extinguidas por no alcanzar a pagarse su valor con el precio del remate; y, por lo tanto, no existiendo en las tierras de Hornillos y Huayllán otro gravamen a más del establecido a favor del nombrado Salas, es obvio que no pudo extinguirse sino mediante

la entrega de ese precio que en su poder conservó Oyague.

Por otra parte, la acción de Salinas contra Sáez se inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble el 5 de agosto de 1899, quedando así declarada en ese libro, para que la conocieran quienes adquirieran derechos en Hornillos y Huayllán, su condición de heredero de Salas, en virtud de la cual procedía judicialmente.

La notificación por periódicos, según el artículo 609 del entonces vigente Código de Enjuiciamientos Civiles, no se se hacía sino a las personas inciertas.

Luego, si Salinas no fué persona incierta, como heredero, desde agosto de 1899, es obvio que no se le notificaba correctamente en 1900 el mandato de cancelación.

A mérito de tales consideraciones, subsiste para la testamentaria la hipoteca que invoca en su defensa.

Hay nulidad en la sentencia de vista, que defiere a la demanda de tercería. Reformándola, puede V. E. confirmar la de primera instancia que la desestima, sin costas.

Lima, a 2 de noviembre de 1915.

SEOANE.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 13 de enero de 1916.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen; y considerando, además: que si la cancelación de la única hipoteca que pesaba sobre las tierras de

Hornillos y Huayllán, a favor de don Sebastián Salinas como heredero de don Enrique Salas, por no haber alcanzado el precio de dichas tierras al pago de un crédito no hipotecario como era el de don José Lucas Oyague, era abiertamente opuesta al artículo setenta y cinco del Reglamento de Tribunales, vigente cuando se expidió el auto copiado a fojas 2, de 19 de diciembre de 1899; lo es más, si se advierte que el juez no ordenó simplemente la cancelación de tal hipoteca, sino la de la escritura de obligación hipotecaria; lo cual no fué solicitado, ni podía ser resuelto sino en virtud de una acción sobre extinción de la deuda en que fuera parte el acreedor o del pago efectivo de su crédito: que las hipotecas solo se extinguen por los hechos a que se refiere el artículo 2072 del Código Civil: que el remate se asimila a la destrucción total de la cosa hipotecada, cuando su precio, después de distribuido entre varias hipotecas, no basta para cubrir el valor de alguna otra, la cual, por esta razón, desaparece, quedando viva la acción personal; y que no es este el caso ocurrido en la ejecución del demandante: declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 153 vuelta, su fecha 2 de octubre del año próximo pasado; reformándola, confirmaron la de primera instancia de fojas ciento cuarenta y dos, su fecha 16 de julio del mismo año, que declara infundada la demanda interpuesta por don José Lucas Oyague, sin costas; y los devolvieron.

Villagarcía—Barreto—Alzamora—Pérez—Torre González.

Se publicó conforme a ley.

Julio Noriega.